

OFICIO 220- 031908 27 DE DICIEMBRE DE 2023

ASUNTO SU OFICIO 2-2023-031277 ACTIVIDADES PERMANENTES EN EL PAÍS CUANDO SE PRESTAN SERVICIOS INFORMÁTICOS DESDE EL EXTRANJERO

Me remito a la comunicación radicada en esta Entidad con el número de la referencia, en la que se solicita que se emita concepto sobre la condición de actividad permanente en Colombia cuando quiera que se contraten servicios informáticos prestados de manera remota desde el extranjero.

A este propósito plantea la consulta en los siguientes términos:

“En atención a la función atribuida a esa entidad relativa a emitir conceptos sobre aspectos generales en materia de sociedades, solicito absolver la siguiente consulta:

¿Para celebrar un contrato estatal con una sociedad extranjera es necesario que esta constituya sucursal en Colombia cuando se trata de un contrato que incluye en su objeto la prestación de servicios de mantenimiento y soporte de tecnología que se van a prestar de manera remota 100% desde el exterior, pero que implican la prestación de un servicio que se extiende por un tiempo determinado?

El motivo de la consulta es el siguiente:

1.- El artículo 471 del Código de Comercio establece que <<Para que una sociedad extranjera pueda emprender negocios permanentes en Colombia, establecerá una sucursal con domicilio en el territorio nacional>>.

2.- Por su parte el artículo 474 del mismo estatuto enlista una serie de actividades que <<se tienen como permanentes>> para efectos de hacer exigible la constitución de una sucursal a la sociedad extranjera, entre ellas el <<Intervenir como contratista en la ejecución de obras o en la prestación de servicios>> (numeral 2).

3.- A partir de las dos disposiciones anteriores, es claro que para el momento en que se celebre un contrato que implique la prestación de servicios con una sociedad extranjera, esta debe haber constituido una sucursal en Colombia.

4.- Esta exigencia, tal como lo precisa esa Superintendencia tiene como propósito proteger a terceros y facilitar el cumplimiento de obligaciones fiscales y laborales. En efecto, la Superintendencia de Sociedades se ha ocupado se (sic) este asunto y ha señalado que la calificación del carácter de actividad permanente depende de las características y la naturaleza del servicio a contratar y debe ser evaluadas siempre en función de la finalidad de la norma. En oficio 220-144806 del 26 de septiembre de 2018, señaló:

(...)

5.- La finalidad de la norma permitiría señalar que la regla del Código de Comercio se refiere sólo a servicios que se presten físicamente en el territorio nacional, y no contempla la prestación de servicios en forma remota, hipótesis que no fue prevista por el legislador de 1971.

6.- Esta entidad se ha visto ante este problema de interpretación normativa cuando ha visto la necesidad de contratar servicios de soporte y mantenimiento de software con empresas extranjeras que no tienen a la fecha constituida una sucursal en Colombia para adquirir el derecho de uso de las licencias que fabrican, y para que presten el servicio de soporte y mantenimiento de la plataforma tecnológica y dé acompañamiento a través de un equipo que consultores durante un tiempo determinado, con la particularidad de que el servicio de soporte, mantenimiento y acompañamiento es prestado 100% en forma remota desde el exterior.

7.- La duda consiste en determinar si esa actividad debe calificarse como permanente en los términos de los artículos 471 y 474 del Código de Comercio y por lo tanto para ejecutar el contrato es necesario que la sociedad extranjera constituya una sucursal.”

En atención al derecho de petición en la modalidad de consulta, con fundamento en los artículos 14 y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 11, numeral 2 del Decreto 1736 de 2020 y el artículo 2 (numeral 2.3) de la Resolución 100-000041 del 2021 de esta Superintendencia, se emite un concepto de carácter general sobre las materias a su cargo, que no se dirige a resolver ni a decidir situaciones de orden particular, ni constituye asesoría encaminada a solucionar controversias, o determinar consecuencias jurídicas derivadas de actos o decisiones de los órganos de una sociedad determinada.

En este contexto, se explica que las respuestas en instancia consultiva no son vinculantes, no comprometen la responsabilidad de la Entidad, no constituyen prejuzgamiento y tampoco pueden condicionar el ejercicio de sus competencias judiciales o administrativas en una situación de carácter particular y concreto.

Para abordar la temática consultada, se estima necesario precisar que efectivamente se pretende un pronunciamiento de carácter particular y concreto, relacionado con un contrato de adquisición de software asociado al mantenimiento requerido para lo cual se pregunta si este mantenimiento, que es atendido desde el extranjero, constituye una actividad permanente en el país y por lo tanto si se requiere la incorporación de una sucursal de sociedad extranjera para este propósito.

Como quiera que no le es permitido a este Despacho prestar asesoría en casos particulares y concretos, como antes se anunció, la respuesta a la pregunta formulada se limitará a reiterar los apartes del Oficio que se cita en la consulta,¹ con énfasis en los aspectos que permiten aproximar una respuesta sin tener a disposición los elementos del caso particular.

En efecto, se considera pertinente transcribir los apartes más relevantes de dicho pronunciamiento como quiera que se entiende traen suficiente claridad a la cuestión planteada:

“Las consideraciones transcritas son elocuentes en el sentido de reiterar que cuando una sociedad extranjera pretenda realizar negocios permanentes en Colombia, se encuentra en la obligación de establecer una sucursal en el país.

Así mismo, resulta claro que la condición de permanencia de la actividad a desarrollar, estará determinada por su naturaleza, por su duración y por su periodicidad.

Sin embargo, es innegable que tales variables en un momento dado pueden resultar ambiguas, relativas e insuficientes para establecer en definitiva si es o no permanente una actividad económica, puesto que queda al criterio subjetivo del inversionista, inicialmente, y luego de las autoridades respectivas, afirmar que tal o cual actividad es permanente u ocasional.

Por tanto, es evidente la necesidad de aproximarse a un patrón objetivo que permita una medición más confiable sobre el carácter del negocio.

¹ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-144806 (26 de septiembre de 2018). Asunto: Sucursal de Sociedad Extranjera en Colombia. Disponible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO++220-144806.pdf/36e6d8bf-caee-3a8a-d5b4-6d1b2bafb8fa?version=1.2&t=1670901851187>

Frente a ese escenario y consultados los diversos pronunciamientos sobre la materia, bien puede colegirse en concepto de este Despacho, que la condición de permanencia o transitoriedad del negocio no ha de buscarse solamente en los elementos que conforman la actividad económica en sí misma considerada, sino que el enfoque debe dirigirse más allá de sus circunstancias, hasta ubicar las consecuencias que tal actividad pueda ocasionar frente a los actores del mercado nacional.

Es así como surge la premisa de que el impacto del modelo de negocio particular, es un factor que se constituye en criterio objetivo en tanto permite medir con mayor precisión la condición de permanencia o transitoriedad de la actividad económica determinada, que una sociedad extranjera pretenda desarrollar en el país.

El impacto jurídico, administrativo, económico y financiero, es susceptible de ser apreciado con facilidad en los efectos que puedan producirse en toda la cadena de valor de la compañía: en los proveedores, en los clientes, en los trabajadores, en los acreedores, en el fisco, en la seguridad social, en el medio ambiente, en las garantías de calidad y cumplimiento de los bienes o servicios ofrecidos, en los mantenimientos requeridos, en la posibilidad de acciones de responsabilidad, en la afectación ambiental, en el riesgo de conductas constitutivas de competencia desleal, en la posibilidad afectación a los derechos de los consumidores, en el riesgo de lavado de activos, entre otras consideraciones.

Así, cuando quiera que tales consecuencias se proyecten en el tiempo, surge con claridad la condición de permanencia de la actividad económica que pretende desarrollar el inversionista extranjero y, es entonces cuando se justifica la exigencia de constituir la sucursal de la sociedad extranjera correspondiente. Es con la constitución de la sucursal en el país, que los terceros adquieren certeza con respecto a las consecuencias de sus relaciones económicas y jurídicas con un inversionista extranjero que desarrolla negocios permanentes en el país, pues habrá una cara visible de sus apoderados y representantes en el territorio nacional.

Por el contrario, si la actividad económica se consuma en un negocio particular y concreto y su impacto en el mercado nacional no tiene mayor incidencia en los terceros que puedan verse afectados, se estría (SIC) hablando de una actividad transitoria de una sociedad extranjera, que por ende descartaría la exigencia de la constitución de una sucursal en Colombia.” (Se subraya)

Se estima que los lineamientos transcritos resultan suficientes para avanzar en la solución de la hipótesis planteada y que existe suficiente espacio para inquirir por la circunstancia de que el servicio se ofrezca, se preste y se negocie en el extranjero aun cuando el beneficio se refleje en el país. La condición de transitoriedad deberá ser evaluada por la contratante interesada con base en los elementos indicados.²

Señaló la entidad mediante Oficio 220-045621 del 14 de mayo de 2019:

“Adicionalmente, esta Oficina ha señalado que aún en caso de que las sociedades extranjeras suscriban alguno de los contratos referidos en el artículo 474 del Código de Comercio, es indispensable analizar en cada caso de acuerdo con las circunstancias de modo tiempo y lugar si la actividad a realizar por una sociedad extranjera, implica o no la incorporación de una sucursal en el país.

Por lo tanto, no es posible determinar de manera general si la ejecución de un contrato de consultoría es permanente y si el consultor sociedad extranjera tiene la obligación de constituir una sucursal en el país, sino que corresponde analizar las particularidades del contrato, tales como el objeto específico, el plazo, las obligaciones del contratista, las relaciones con terceros, entre otros, para definirlo en el caso concreto.

Sobre el deber de establecer una sucursal en el país por parte de una sociedad extranjera contratista, en el Oficio 220-144806 del 26 de septiembre de 2018, se expuso:

Interpretando la norma en atención a su finalidad y a la relación que debe guardar con los demás preceptos que integran la institución jurídica, es lógico que deban consultarse las características del contrato a celebrar, como sería por ejemplo el término de su duración, la calidad o tipo de obra o prestación del servicio, es decir que no basta que la sociedad extranjera haya celebrado un contrato de obra o de prestación de servicios para que se configure la situación de hecho que la norma prevé como determinante para que surja la obligación de establecer una sucursal en territorio nacional.

Resulta de especial importancia en esta parte del estudio, traer a colación lo expresado en la exposición de motivos del Proyecto de Código de Comercio de 1.958 que dio origen al estatuto mercantil hoy vigente, cuando refiriéndose al tratamiento de las sociedades domiciliadas en el exterior se señaló:

² COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Oficio 220-045621 (14 de mayo de 2019). Asunto: Apertura de una Sucursal en el país por parte de Sociedad Extranjera. Actividad Permanente. Disponible en <https://www.supersociedades.gov.co/documents/107391/159040/OFICIO+220-045621+DE+2019.pdf/38abfd56-9e11-ba93-1f14-6b447b4e7351?version=1.2&t=1670901670997>

En este orden de ideas y siendo consecuentes con lo anotado, podemos afirmar que en las disposiciones legales pertinentes no existe un tiempo exacto de duración para determinar la permanencia, la cual está supeditada por ejemplo a la infraestructura que en un momento determinado despliegue la sociedad extranjera en el país, así como la naturaleza del servicio a prestar, circunstancias que deberán ser tenidas en cuenta por usted, pues los elementos de juicio que suministra no resultan suficientes para determinar si hay lugar a establecer una sucursal pues la sola celebración del contrato no comporta necesariamente la condición de permanente.”³.

En los anteriores términos su solicitud ha sido atendida en el plazo y con los efectos descritos en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, no sin antes señalar que en la Página WEB de la Entidad puede consultar la normatividad, la Circular Básica Jurídica, los conceptos que la misma emite sobre las materias de su competencia y la herramienta tecnológica Tesauro, entre otros.

³ Ibídem